

¿Patrimonialización del Derecho de uso de la Vivienda familiar?

Juan A. Tamayo Carmona

Prof. Titular Derecho Civil

Universitat de València

Índice de contenido

Resumen.....	1
1. Introducción.....	1
2. Configuración jurídica del derecho de uso	3
3. Breves apuntes sobre la nueva orientación del derecho de uso de la vivienda familiar.....	4
3.1. Arts. 233-20 ~ 25 CCCat.....	4
3.2. Ley aragonesa 2/2010, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres [24].....	5
4. Custodia compartida, derecho de uso y Ley 5/2011, de 1 de Abril, de Relaciones Familiares de los Hijos cuyos Progenitores no Conviven[31].....	6
4.1. Variables en la atribución del derecho de uso.....	7
4.2. Caracteres del derecho de uso. En especial, su patrimonialidad.....	8

Resumen

Las nuevas leyes sobre la custodia compartida, así como la regulación mas extensa dada por el Código Civil catalán en materia de efectos de la ruptura de la pareja, han supuesto una importante alteración del estatuto y régimen jurídico de la vivienda familiar, al acentuar su trascendencia económica.

Desde este punto de vista, la cesión del derecho de uso, y su disgregación del régimen de los bienes se tratará como una medida si bien no excepcional, al menos deberá estar suficientemente justificada, sea por el interés del menor, sea por la situación del otro miembro de la pareja, y en ambos casos devengando una compensación económica a favor del padre no custodio (conviviente)

Así, tal montante podrá se computado a diferentes partidas económicas surgidas por la ruptura, como los gastos de los hijos, repercutiendo en la respectiva pensión alimenticia a su favor, o en su caso, en la pensión compensatoria del cónyuge que hubiese sufrido un desequilibrio económico.

1. Introducción

Tras la reforma del Código civil en materia de guarda y custodia de los hijos, y la nueva redacción del art. 92 CC introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se dio entrada a la denominada custodia compartida como una posibilidad más para los Tribunales en supuestos de ruptura de la pareja, y ante la necesidad de pronunciarse sobre sus consecuencias sobre los hijos in potestate. Respuesta a una creciente demanda social, principalmente impulsada por grupos sociales en principio de intereses poco concurrentes –a saber, asociaciones de padres, y grupos feministas- ante

el aparente automatismo de la concesión de la guarda y custodia a uno de los miembros de la pareja: la mujer. Pero la nueva redacción del art. 92 CC, contemplando la apuntada posibilidad de que fuesen ambos los que ejercitasen la custodia del menor se vio condicionada por la necesidad de que fuese solicitada de mutuo acuerdo por los padres y tan sólo excepcionalmente cuando fuese a solicitud de cualquiera de ellos.

Regulado en el art. 92.5 CC a nivel estatal, la custodia compartida exige el acuerdo de los padres sea en el convenio regulador, sea de una forma sobrevenida a lo largo del procedimiento; acuerdo que no obstante ni será determinante para el Juez a la hora de tomar la decisión, ni la falta del mismo impedirá que la conceda, ante la petición de un solo de los padres[1]. Por lo tanto, en materia de concesión de la guarda y custodia, la regla general, ante la falta de acuerdo, será la custodia individual de cualquiera de los padres; y excepcionalmente: custodia compartida.

Sea como fuere, y ya con relación al objeto del presente estudio, la guarda y custodia de los hijos parece seguir siendo el elemento determinante a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar[2], sin perjuicio de que en determinados supuestos en que no existan hijos o no proceda la concesión de la compañía, pueda otorgarse el mismo a uno de los cónyuges siempre que presente el interés ‘más necesitado de protección’. Esta vinculación entre la guarda de los hijos –no entendida necesariamente en términos de patria potestad- y la adjudicación del derecho de uso de la vivienda tendrá una especial transcendencia en materia de custodia compartida, tal y como se encuentra recogida en el art. 92.5 CC. No obstante a la condición de que sea solicitada, como regla general, de mutuo acuerdo por ambos padres, no va a suponer necesariamente acuerdo con relación al uso de la vivienda y, en cualquier caso, se reconoce la posibilidad de acordar tal custodia compartida a solicitud de uno sólo de ellos, siempre que el Juez entienda que responde mejor al interés del menor. Tal hipótesis, previsiblemente poco frecuente en la práctica, dará como resultado que en materia de decidir la adjudicación del derecho de uso de la vivienda, “el Juez decidirá lo procedente” (art. 96 § 2 C), a priori, en función del interés de los menores que pudiesen concurrir en el caso.

Cuantitativamente, desde el año 2007 al año 2009 de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, la atribución de custodia compartida ha oscilado del 9.5 % al 9.8 % del total, correspondiendo custodia individual a la mujer del 84 % al 88 % de las veces, y al hombre entre el 4 % al 5.5 % ([3]). Sin perjuicio de la motivación de tales resoluciones, en todo caso guiadas por el interés prevalente del menor, el principio de corresponsabilidad parental ha ido adquiriendo cada vez más peso específico en la toma de decisiones relacionadas con el menor, entendiéndolo como un elemento en la mayoría de los casos decisivo en la formación de los hijos, llegando a dar un sensible cambio de perspectiva en la resolución de la guarda y custodia, invirtiendo el régimen general de concesión de la guarda y custodia individual, ante la falta de acuerdo entre los padres, a la custodia compartida en todo caso, siempre que sea lo más conveniente en atención al principio de favor filii.

Efectivamente, ya a nivel autonómico se ha regulado de manera concreta el régimen de atribución de la custodia, y custodia compartida, primero por la Ley del Parlamento aragonés 2/2010, de 26 de mayo, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Padres seguida por la Ley 25/2010 de 29 de julio, del Parlamento catalán, del Llibre II del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la Persona i a la Família, y más recientemente, la Ley del Parlamento valenciano 5/2011, de 1 abril, de Relaciones Familiares de los Hijos cuyos Progenitores no Conviven[4].

En todas ellas se refleja el cambio de orientación expuesto, rigiendo la custodia compartida como regla general, tanto si existe mutuo acuerdo, como si no, sea con relación al proceso de ruptura de la convivencia, sea con relación a la propia solicitud por parte de uno de los padres. En estos últimos

casos, y contando con que no exista consenso con relación a la atribución del derecho de uso de la vivienda, el régimen de concesión presentará perfiles propios que, en cierta medida, pondrán en cuestión la configuración jurídica de tal derecho, e incluso se opondrán abiertamente e algunos puntos a la construcción jurisprudencial realizada desde finales de los años ochenta.

2. Configuración jurídica del derecho de uso

Independientemente de la cuestión relativa a su naturaleza jurídica, si derecho real, personal, derecho de uso o incluso situación posesoria de su titular, de una forma descriptiva se entiende el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de origen legal y constitución judicial, temporal, pero no determinable, y de contenido asistencial, sea del cónyuge que presente el interés más necesitado de protección (art. 96.3 CC), sea del cónyuge con quien queden sus hijos en compañía (art. 96.1 CC)[5].

Y en cualquier caso, el derecho de uso trascenderá de cualquier consideración al régimen de titularidad de la vivienda, en cuanto fuese incompatible con el interés tomado en consideración, sea el de los hijos menores, sea el del cónyuge.

De tal modo, teniendo en cuenta tal carácter asistencial, se plantea la cuestión de su posible contenido patrimonial, y la posibilidad de operar como tal a efectos de computarlo económicamente sea en cualquiera de las otras partidas del art. 90 CC (principalmente, con relación al derecho de alimentos o el derecho de compensación a favor del otro cónyuge), sea permutándolo por una determinada cantidad de dinero o renta. Ciertamente, tal y como pude la oportunidad de apuntar en otro trabajo respecto al carácter oneroso o gratuito del derecho de uso[6], no existe previsión explícita en la norma ni siquiera tácitamente que permitiese decantarse por uno o su contrario, resolviéndose en la práctica mediante una fórmula de consenso: los gastos que se deriven del régimen de titularidad del derecho sobre la vivienda, serán a cargo de su titular o titulares[7], y los que se derivan del uso del bien, a cargo del adjudicatario del derecho, aunque tal puridad de argumento se enfrenta y a menudo, cede por la realidad de los hechos[8].

Independientemente de tal cuestión, que otorgaría ciertos perfiles de patrimonialidad al derecho de uso, su carácter familiar y asistencial ha sido reiteradamente sentado por la jurisprudencia, que a la hora de decidir si procede o no la atribución, ha tenido como criterio determinante la existencia de hijos in potestate[9] y, en tal caso, la conexión directa entre el favor filii y la continuación en el uso de lo que hasta el momento de la crisis convivencial de sus padres había constituido la vivienda familiar (al menos en su configuración subjetiva originaria). Y junto a ellos, el progenitor o padre con quien quedase en compañía.

No obstante, omitir las connotaciones económicas que tal circunstancia supone para la parte que se ve privada del uso y disfrute (titular o cotitular del derecho de ocupación) probablemente ha generado mayores controversias que una solución menos drástica o al menos matizada, como la posibilidad de no desligar la titularidad de la propiedad o derecho de ocupación, del derecho de uso mediante las suficientes compensaciones económicas a fin de procurar satisfacer las necesidades habitacionales de los hijos, dentro de la partida de pensión alimenticia[10].

La integridad moral de los hijos menores o minimizar las consecuencias inevitables de la ruptura de sus padres no pasa necesariamente por la continuación en el uso de la vivienda familiar, cuestión indiscutida cuando el entorno domiciliario se considere que pueda influir negativamente en la formación y desarrollo del menor, cuando no poderlo considerar un elemento determinante a la hora de decidirse con cuál de los padres quedarán en compañía[11].

Y en tal dirección se centró la reforma del Codi de Família catalán y normativa especial en materia de familia, plasmada en el Llibre II del Codi civil[12] , dedicando la Sección 4ª al régimen de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar[13], que ya desde su rotulación apunta la posibilidad no ya de atribuir, sino distribuir el uso de la vivienda.

3. Breves apuntes sobre la nueva orientación del derecho de uso de la vivienda familiar

En este epígrafe se van a exponer las directrices marcadas por la normativa catalana anteriormente citada, así como la regulación aragonesa sobre la custodia compartida, que de igual modo se pronunciará sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda.

3.1. Arts. 233-20 ~ 25 CCCat.

El régimen de atribución (distribución) del derecho de uso sobre la vivienda familiar se encuentra ampliamente regulado en la mencionada sección 4ª del Capítulo 3 del Título 3 del Libro 2 (art. 233), recogiendo y solucionando, normativamente, buena parte de los interrogantes y controversias aparecidas en materia de derecho de uso, sea el régimen de la ocupación del inmueble por posesión tolerada de un tercero (art. 233-21.2 § 1 if), el régimen de gastos (art. 233 – 23) o de los actos dispositivos del titular del derecho de ocupación (art. 233-25) entre otros.

Por de pronto, el derecho de uso resulta investido de un decidido carácter tanto asistencial, como patrimonial, pudiendo ser objeto de transacciones con relación al quantum de la prestación de alimentos a los hijos (en cualquier caso, menores de edad), o de la pensión compensatoria a favor del cónyuge que haya sufrido un desequilibrio económico por razón del matrimonio[14].

Así, el art. 233-20, que establece el régimen general de la atribución – o distribución- del derecho de uso, establece en su ordinal 1º que estará orientado a satisfacer la prestación de alimentos a los hijos, o en su caso, la pensión compensatoria al otro cónyuge, que en este caso, podrá ser satisfecha tanto en forma de pensión periódica, o mediante un capital, sea en bienes, sea en metálico (art. 233.17.2); reconociéndose de una forma explícita en el ordinal 7, al conceder el carácter de prestación en especie de ambas partidas, en el caso de que el deudor no fuese el atributario de la medida de adjudicación del uso[15].

En consideración al régimen de atribución – distribución del derecho de uso, se establece la regla general del favor filii sea en supuestos en que medie acuerdo de las partes, en cuyo caso se estará a lo pactado y aprobado judicialmente (en el convenio regulador[16], o en el plan de parentalidad en caso de custodia compartida[17]), o bien en supuestos de desacuerdo total o parcial que, como regla general, se establece la adjudicación al cónyuge a quien corresponda la guarda de los hijos comunes, y además menores (arts. 233-20.2 & 4)[18]. Y en segundo término, como regla particular y ya en casos de falta de acuerdo entre las partes, entrará en juego el principio de protección del interés –de cualquiera de los cónyuges- más necesitado de protección, recurso que se reserva a la concurrencia de una serie de circunstancias en cierta medida, tasadas en el art. 233-20.3[19].

Casos de custodia compartida, en que no exista acuerdo respecto a la adjudicación del derecho de uso, o no resulte aprobado, inexistencia de hijos menores o bien, y como fórmula abierta, todos aquellos supuestos que, habiendo hijos in potestate determinantes de la atribución del uso al padre custodio, sea previsible que la situación de necesidad de éste perdure a la finalización de la guarda, esto es, al alcanzar la mayoría de edad.

No obstante, seguidamente el Codi establece la excepción, y en su caso -y de nuevo- otra regla

general: la prevalencia del segundo de los principios, el del interés del cónyuge más necesitado de protección cuando pese a no tener la guarda de los hijos –y por lo tanto, concurriendo hijos in potestate, las circunstancias de éste aconsejen ser el adjudicatario del uso de la vivienda, siempre que el custodio tuviese recursos suficientes para afrontar solventemente tanto las necesidades habitacionales de los hijos, como las suyas propias (art. 233-2-.4)[20]

Esto es, concurrencia de dos principios determinantes de la adjudicación: el beneficio del menor, tanto en supuestos de acuerdo, como en los de desacuerdo entre los cónyuges; y el del interés más necesitado de protección (que lógicamente no podrá ser el de los hijos), que se aplicará en casos de falta de acuerdo sea de una forma autónoma [art. 233-20.3 a) & b)], sea junto al del favor filii [art. 2343-20.3 c)], sea frente a éste, pero en cualquier caso, compatible (art. 233-20.4).

Es en este último punto donde puede apreciarse una importante matización del régimen de la vivienda familiar, tanto en Derecho catalán como principalmente en Derecho civil estatal, al perderse en cierta medida la suerte de aura mágica de la vivienda familiar, -única, habitual y principal- que la convertía en el elemento central de la estabilidad emocional de los hijos incurso en una causa matrimonial. Efectivamente, y siguiendo con el Código civil catalán, la vivienda familiar a efectos de la adjudicación de su uso, ya no deberá ser ni la misma en la que residieron los hijos - necesariamente -(cfr., art. 233-20.4), ni siquiera la vivienda habitual en que lo hicieron, al permitirse la posibilidad de adjudicar otras residencias –se entiende, segundas residencias, de recreo u ocasionales- siempre que fuesen idóneas para satisfacer las necesidades habitacionales tanto de los hijos, como del cónyuge custodio.[21]

Y culminando esta línea de regulación, en cierta medida relativizando la importancia del derecho de uso de la vivienda, el artículo siguiente sanciona una serie de causas de exclusión de la procedencia de tal medida, siempre que, a tenor de las circunstancias, las necesidades habitacionales tanto de los hijos como del cónyuge pudiesen cubrirse con los medios de éste, sin pasar necesariamente por la cesión de uso de la vivienda[22], o bien el cónyuge cedente del uso pudiese garantizar el pago de las prestaciones de alimentos de los hijos, y en su caso, la pensión compensatoria del cónyuge custodio, en cantidad suficiente para satisfacer sus necesidades habitacionales [art. 233-21.1, a) & b)][23].

3.2. Ley aragonesa 2/2010, de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de Convivencia de los Padres [24]

Artículo 7.-Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.

1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.
2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.
3. La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.
4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el Juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables.

Sin perjuicio de la importante reforma del Derecho de la persona, y de las relaciones paterno-filiales en el Derecho aragonés, obrada por la Ley 13/2006, de 27 diciembre[25] y en la que se fija en gran medida una nueva situación jurídica tanto en términos de capacidad de los menores como de representación de los titulares de la denominada autoridad familiar[26], el art. 7 de la ley 2/2010 transcrito centra como criterio determinante en la atribución del derecho de uso – tanto en supuestos de custodia compartida como individual –, el del interés para las relaciones familiares, concepto éste que si bien no escapa al principio de favor filii, si al menos lo matiza al dar entrada a elementos en principio ajenos a los derivados de la filiación, como lo son el régimen de relación con los abuelos, los hermanos, u ‘otros parientes y personas allegadas’[27]. Y más relevante: de nuevo la vivienda familiar no se considerará el elemento naturalmente ligado a los hijos al permitir adjudicar su derecho de uso al padre que no se le haya concedido la guarda y custodia (art. 7.2 LARF).

Con relación a la patrimonialidad de este derecho de uso, y en su caso la posibilidad de conjugarlo con otras partidas económicas derivadas de la ruptura de la pareja, nada se dice al respecto, ni su contrario. En consideración al ya apuntado pacto de relaciones familiares, una suerte de convenio regulador que regirá los efectos de la crisis convivencial de los padres, dispone entre otros aspectos de regulación necesaria, el régimen de los gastos ordinarios de los hijos tanto menores como en su caso mayores (o emancipados) que carezcan de recursos propios, especificando la forma de pago, criterios de actualización y en su caso, garantías del cumplimiento [art. 3.2 d) LARF][28], permitiendo con relación a denominada asignación familiar compensatoria, que pueda ser satisfecha tanto con una pensión, como por la entrega de un capital sea en dinero, o bienes [art. 3.2 f) LARF] [29]

De tal modo, no habría ningún obstáculo para entender la cesión del uso de la vivienda como una forma de pago del deber de alimentos, sea el derivado de la filiación, sea el deber genérico de los arts. 142 y ss CC, y por consiguiente, poder ser tenido en cuenta a la hora de fijar la cuantía sea de la pensión alimenticia, como en su caso de la pensión compensatoria, permitiéndose un cierto margen de disposición del titular de la vivienda, en orden a no disgregar el derecho de uso del derecho de ocupación de la vivienda mediante una compensación económica.

Ahora bien, siempre que no sea cuanto menos, contrario al interés de los menores[30]

4. Custodia compartida, derecho de uso y Ley 5/2011, de 1 de Abril, de Relaciones Familiares de los Hijos cuyos Progenitores no Conviven[31]

Hasta hoy, la última de las leyes autonómicas de carácter civil que regula la custodia compartida, desarrollando en ocasiones, matizando en otras, el régimen estatal recogido en el art. 92 CC, y alterando en lo que afecta a los perfiles y en su caso, criterios de atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar del art. 96 CC. El tenor de la norma:

Artículo 6. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar [32]

1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de

- atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos menores a uno solo de los progenitores.
2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.
 3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.
 4. El régimen jurídico establecido en los párrafos anteriores no será de aplicación a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.
 5. El ajuar familiar permanecerá en la vivienda familiar salvo que en el pacto de convivencia familiar o por resolución judicial se determine la retirada de bienes privativos que formen parte de él. En todo caso, el progenitor a quien no se le atribuya la vivienda tendrá derecho a retirar sus efectos personales en el plazo que establezca la autoridad judicial.
 6. Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso.

4.1. Variables en la atribución del derecho de uso

Cabría puntualizar como premisa que el art. 6 LVRF se va a aplicar tanto a supuestos de custodia compartida (convivencia compartida), como a los casos en que la custodia fuese individual[33]; a determinar por el acuerdo de las partes (y aprobación judicial), o sin acuerdo, pero sanción judicial; siendo en ambos casos una circunstancia independiente del derecho de uso de la vivienda, que incluso puede ser llegar a ser no familiar.

Así se puede desprender de o dispuesto en el art. 6.2 LVRF, cuando excluye la adjudicación del derecho de uso en los casos en que la vivienda fuese privativa del no atributivo de aquél, o bien común a ambos padres y el cesionario contase con otra vivienda que pudiese cumplir igualmente las condiciones de habitabilidad familiar, corroborándose con la causa de extinción del derecho de uso, si tal posibilidad sobreviene a la adjudicación.

Así pues, la atribución del derecho de uso de la vivienda - si ha lugar – estará integrado por una constante, y tres variables; a saber, el interés de los hijos menores por un lado (acaso mejor, como eje argumental) y como variables la existencia o inexistencia de acuerdo, la capacidad económica de los padres, y el régimen de titularidad del derecho de ocupación de la vivienda.

Efectivamente, el principio de otorgar prevalencia al interés del menor, a nivel autonómico valenciano, criterio recogido y desarrollado en la Ley 12/2008, de 3 julio, de Protección de la Infancia como principio rector de la política de la Generalitat en tal materia[34], y como criterio interpretativo de las leyes y medidas que afecten a los menores[35]; criterio además reiterado en el propio art. 6 LVRF como el elemento rector a la hora de decidir tanto la procedencia de pronunciarse el Juez sobre una atribución excluyente del derecho de uso, como en su caso, el cesionario del mismo.

No obstante, la prevalencia de este criterio parece presentar dos planos de eficacia, uno positivo, en cuanto beneficio del menor, y otro el alguna medida negativo, entendido como no perjuicio, desde el momento en que la ley contempla la posibilidad de que pueda ocupar otra vivienda –la que en su caso puede ostentar uno de los padres, siendo la otrora vivienda familiar o bien privativa del otro, o bien común-, parece que el criterio del interés del menor tendría que ser entendido en términos negativos, en cuanto la medida no le cause menoscabo, aunque tampoco necesariamente beneficio.

Desde este punto de vista, el estatuto de la vivienda familiar dejará de estar exclusivamente vinculado al beneficio del menor, pudiendo conformarse acudiendo a otros criterios –no perjudiciales- como es el caso, la titularidad del derecho de ocupación de la vivienda, eludiendo así más que previsibles problemas patrimoniales al o a los titulares del derecho sobre la vivienda.

Tal cuestión se corrobora con la posible adjudicación del derecho de uso a aquel que pueda presentar mayores dificultades objetivas para acceder a una vivienda –siempre y cuando tal adjudicación sea compatible con el favor filii-, englobando casos en que los que seguirían permaneciendo en la vivienda fuesen los hijos, rotando por el período respectivo de la convivencia compartida, los padres, como los casos en que se atribuyese la custodia (convivencia) individualmente a uno de ellos, indicando que al menos teóricamente, sería posible la convivencia exclusiva con uno de los padres, y no obstante no ser el atributario del derecho de uso; esto es, cuando el no custodio presente intereses de protección que en modo alguno contrarían el principio de beneficio del menor.

Conclusión ésta que se reforzaría ex lege con la imposibilidad – “en ningún caso”- de adjudicar el derecho de uso al custodio cuando la vivienda fuese privativa del otro, o bien común, y concurrentemente, aquél dispusiese de una vivienda que pudiese satisfacer las necesidades habitacionales tanto propias, como de los hijos (cfr., art. 6.2 LVRF)[36]

4.2. Caracteres del derecho de uso. En especial, su patrimonialidad.

No estando en cuestión el carácter asistencial del derecho de uso de la vivienda en estos supuestos de crisis, no será así con relación a su naturaleza jurídica, a efectos de los acuerdos mínimos de las partes recogidos en el convenio regulador, o en su caso –este caso.- pacto de convivencia.

Efectivamente, la ley valenciana en su art. 4 relativo al mencionado pacto de convivencia, alude en su punto 1 d) a la necesidad de que se establezca ‘la cuantía y modo de satisfacer los gastos de los hijos’ integrándose con lo dispuesto en los arts. 7 (gastos de atención a los hijos)[37], distinguiendo entre gastos de carácter ordinario, y extraordinario; y art. 3 e) & f) LVRF, apuntando lo que deberá

entenderse por tales[38].

Gastos ordinarios, en cuanto requeridos habitualmente por los menores en períodos de una anualidad, y en donde se incluyen ex lege los relativos a la alimentación, vestido y educación, así como los que se hayan consolidado como tales antes de la ruptura de la convivencia, sin perjuicio de ‘cualesquiera otros’ así hayan sido calificados por los padres en el pacto de convivencia.

Independientemente de su calificación jurídica y su relación con la obligación específica del deber de alimentos derivados de la filiación (art. 154 CC), el carácter puramente patrimonial – incluso crematístico- de tales partidas lo acercan más al concepto de cargas del matrimonio o deudas de cargo de la economía conyugal[39], que al deber alimenticio de los padres respecto a los hijos, que incluyen elementos tanto patrimoniales, como no patrimoniales[40]. Afirmándose la patrimonialidad de tales atenciones, a la hora de enlazar con las necesidades habitacionales de los hijos –menores- la primera conclusión que se puede obtener es que se trataría de uno de esos gastos consolidados que menciona el art. 3 e) LVRF, y como tal, los gastos derivados de éstas serán tratados jurídicamente como cargas del matrimonio.

Sin embargo, la irrelevancia de la crisis convivencial de los padres en consideración a su obligación legal de alimentos derivados de la filiación perfectamente admitirá ubicar tales prestaciones dentro del concepto de alimentos, si bien desde su impronta patrimonial: los gastos ocasionados y por devengar en cumplimiento de la obligación alimenticia respecto a los hijos menores, de modo similar a la regulación dada por el art. 233.20 del CCCat., permitiendo entender que la cesión del uso de la vivienda familiar –privativa, o común- podría entenderse como la prestación in natura de una parte de los deberes de los padres respecto a sus hijos: las necesidades habitacionales.

La más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se pronuncia claramente por el carácter alimenticio de la atribución del derecho de uso de la vivienda, en cuanto una forma de satisfacer una de las necesidades del hijo menor. Lo cual no excluye que si la misma se encuentra satisfecha por otros medios, no habrá lugar a pronunciarse sobre la adjudicación del derecho de uso al menos en consideración a los hijos (STS. 29 marzo 2011, nº. res. 191/2011). No obstante, la consideración del derecho de uso de la vivienda como una forma de pago del deber de alimentos, sigue siendo una cuestión controvertida al menos en Derecho estatal, principalmente porque de ser así, el titular del derecho de uso sería en todo caso el hijo, que en caso de ser mayor de edad pero económicamente dependiente, podría exigir para así la atribución del derecho de uso incluso contrariamente a los acuerdos de sus padres, y además en un procedimiento matrimonial del que no es parte.[41] E igualmente, aun reconociendo la titularidad del derecho al alimentista menor de edad, cualquier cambio de residencia que pudiese ser acordado por ambos padres con oposición del menor ocasionaría un conflicto de intereses que forzaría el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 CC) y el correspondiente pronunciamiento judicial, respecto a una cuestión tan trascendental como el establecimiento de la residencia.[42] No obstante, hay que tener en cuenta que cualquier acuerdo entre los padres que modifique o extinga el pacto de convivencia (caso de que se hubiese adjudicado individualmente la convivencia y el derecho de uso), deberá ser aprobado por el Juez, después de ser oído el Ministerio Fiscal[43]

De tal modo, la Ley valenciana eludiría parte de los problemas de remitir el derecho de uso de la vivienda al concepto propio del deber de alimentos, al menos directamente. Tan sólo de forma parcial y en consideración a los gastos derivados de él, integrando el concepto de gastos y permitiendo que en el pacto de convivencia se pacte respecto a la cuantía y modo de sufragarlos. Y en todo caso, respetando el principio de favor filii, que supondrá que en modo alguno se pudiese perjudicar la formación y desarrollo del menor.

Pero tal conclusión no parece adecuarse al tratamiento que la ley valenciana dispone para el régimen de la vivienda habitual, y la atribución del derecho de uso: desde el momento en que, tal y como se ha apuntado, la ruptura de la convivencia familiar no limita el deber de alimentos de los padres, sino en su caso se adecúa a la nueva situación a efectos de su cumplimiento, ¿cómo entender entonces el derecho de compensación por la pérdida de uso del titular o co-titular no atributario del derecho de uso, del que habla el art. 6 § 1 LVRF? Ciertamente permite a continuación computarlo total o parcialmente como contribución a los gastos ordinarios, y por consiguiente, como una forma de pago in natura de uno de los elementos del concepto de alimentos (habitación), aunque siempre que así lo decida él, o el Juez. Es decir, una suerte de *ius optionis* del titular o cotitular de la vivienda privado del uso de recibir una compensación por la pérdida de éste, sea de forma positiva (una determinada cantidad de dinero), sea de forma negativa (disminuyendo su contribución económica en metálico a los gastos de los hijos).

Lo cual parecería definitivamente alejarlo de su carácter alimenticio, en cuanto que, de optar por recibir una compensación, confirmaría a contrario sensu que mediante la cesión del uso de la vivienda no estaría cumpliendo con su deber de alimentos, por definición, gratuito. No obstante, cabría interpretar que tal compensación parte de haber detraído el equivalente económico de la prestación de alimentos, entendiendo que es mayor el sacrificio de contribuir con la prestación de la vivienda, que el que le correspondería siguiendo el principio de paridad entre los obligados, abonándose la diferencia en concepto de compensación.

En la misma dirección se puede entender el párrafo segundo del mismo precepto, al disponer la imposibilidad de atribuir el derecho de uso sobre una vivienda de titularidad privativa, o bien conjunta[44] cuando el atributario del derecho de uso fuese titular de un derecho sobre otra vivienda, que le permitiese satisfacer las necesidades de alojamiento tanto propias, como de los hijos. Esto es, que sería irrelevante, o al menos no decisivo el carácter habitual de la vivienda y el aspecto de continuar con su uso partiendo de que las nuevas circunstancias no resulten perjudiciales para los hijos.

‘(...) y el progenitor al que se le adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar.’ (art. 6 § 2 LVRF). La amplitud de los términos con los que se enuncia (‘...ocuparla como tal residencia familiar’) tendrán que entenderse en función del favor filii o el no perjuicio a los hijos, de modo que tal posibilidad de servir de residencia en cualquier caso deberá reunir las condiciones de habitabilidad semejantes a la anterior (la hasta entonces habitual). Pero quedaría sin resolver la cuestión de atribuir o no el uso de la vivienda habitual privativa del no custodio, o conjunta, cuando la titularidad sobre la nueva vivienda perteneciese a los hijos. Ciertamente, los hijos deben contribuir ‘al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella’ (art. 155. 2º CC), por lo que si a tenor de las circunstancias, la cesión del uso de la vivienda pudiese ocasionar perjuicios no ya a los hijos, sino a los padres (perjuicios eminentemente de carácter económico), no carecería de fundamento privar de la atribución al padre conviviente.

Y consecuencia de lo anterior: la posibilidad de que tal titularidad sobre otra vivienda pudiese ser sobrevenida a la adjudicación del derecho de uso, configurándose como una nueva causa de extinción de éste, previa resolución judicial (art. 6 § 2 if LVRF). La ya manifiesta no habitualidad de esta vivienda consolida el carácter patrimonial del régimen del derecho de uso, principalmente orientado al interés de los padres aunque en todo caso, sin perjuicio para los hijos; sea en su formación, sea en su desarrollo.

La cuestión ya no parece ser si la vivienda habitual, y la continuación de su uso por los hijos es beneficiosa para éstos, sino si su cambio de residencia les resultaría perjudicial, sea directamente

respecto a sus circunstancias personales y sociales, sea indirectamente en consideración a sus derechos sobre prestaciones alimenticias.

* Prof. TU Derecho Civil UVEG

[1] Cfr., art. 92. 5 y 8 CC.

[2] Más concretamente: cónyuge en cuya compañía queden, concepto éste más amplio que la guarda y custodia en cuanto no sería relevante que sean hijos in potestate. No obstante, teniendo en cuenta que la patria potestad acaba con la plena capacidad de obrar de los hijos, habrá que encontrar el fundamento de al menos parte de este criterio de atribución (cuando los hijos que conviven sean mayores de edad) en la obligación genérica de alimentos entre parientes, y no ya en la filiación.

[3] Datos del INE, disponibles con la variable de custodia compartida desde el año 2007, siendo el último año el 2009. (http://www.ine.es/inebmenu/mnu_justicia.htm)

[4] Recurrida ante el Tribunal Constitucional.

[5] Y si los hijos quedasen en compañía de ambos, se acudiría de nuevo al interés más necesitado de protección (art. 96.2 CC).

[6] Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, Ed. Thomson, Aranzadi, Navarra, 2003. Pp. 90 y ss.

[7] Sin que tengan o puedan tener consideración de cargas del matrimonio a efectos de poder modalizar su pago a través de otras partidas de las medidas judiciales (al respecto, STS. 28 marzo 2011 . Núm. Res. 188/2011)

[8] Piénsese, p.ej., en un contrato de préstamo hipotecario contraído con anterioridad al matrimonio por uno de los cónyuges, que tras la crisis matrimonial resulta no ser el atributario del derecho de uso sobre la vivienda; o el impago de los respectivos impuestos que graven la titularidad.

[9] Sobre la diferenciación en tal materia entre hijos menores e hijos mayores de edad, vid STS. 24 octubre 2008 (núm. Rec. 2698/2004)

[10] Vid. al respecto la ilustrativa SAP Valencia, 21 febrero 2011 (núm. res. 156/2011), cuyo punto de llegada es considerar que la atribución del derecho de uso a uno de los cónyuges deberá considerarse como un remedio subsidiario para aquellos casos en que ninguno de ellos pudiese garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.

[11] Así, SAP. Las Palmas, 13 febrero 2008 (JUR. 2008, 1999234), donde se deniega la procedencia de otorgar la atribución del derecho de uso a la madre, al estar la vivienda en un edificio de propiedad del padre y existir una alta conflictividad entre ellos, pudiendo ser perjudicial para el desarrollo del hijo menor. Se accede a la pretensión de la madre de incrementar la cuantía de la pensión alimenticia con el fin de que “pueda hacer frente a las necesidades del menor y al pago de un alquiler a costa de la contraparte”. O SAP Madrid, 19 nov 2002 (JUR 2003, 91731) en la que concediendo se desestima la atribución de la guarda y custodia a ninguno de los padres, y per relationem la adjudicación del uso de la vivienda, al considerar entre otras circunstancias, “las deficientes condiciones higiénicas de la vivienda ocupada por el grupo familiar y nula organización de la vida doméstica”.

[12] Llei 25/2010, de 29 de julio

[13] Atribució o districió de l'habitatge familiar, arts. 233-20 ~ 25 CCCat.

[14] Cfr., arts. 233-20.1 & 7

[15] Art. 233.20. 1. Els cònjuges poden acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament a un d'ells, a fi de satisfer, en la part que escaigui, els aliments dels fills comuns que visquin amb el beneficiari de l'ús o la prestació compensatòria d'aquest. També poden acordar la distribució de l'ús de l'habitatge per períodes determinats. (...) 7. L'atribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany en tot o en part al cònjuge que no n'és beneficiari, s'ha de ponderar com a contribució en espècie per a la fixació dels aliments dels fills i de la prestació compensatòria que eventualment meriti l'altre cònjuge.

[16] Cfr., arts. 233-2 & 3, estableciendo como límite al deber de su aprobación el interés de los hijos (art. 233-1. 1. Els pactes adoptats en conveni regulador han d'ésser aprovats per l'autoritat judicial, llevat dels punts que no siguin conformes amb l'interès dels fills menors.)

[17] Art. 233-8 & 9. En tal caso, la aprobación judicial deberá tener en cuenta preferentemente el interés de los menores (cfr., art. 233-8. 3. L'autoritat judicial, en el moment de decidir sobre les responsabilitats parentals dels progenitors, ha d'atendre de manera prioritària l'interès del menor.

[18] Art. 233-20.2: Si no hi ha acord o si aquest no és aprovat, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar, preferentment, al progenitor a qui correspongui la guarda dels fills comuns mentre duri aquesta. Art. 233-20.4: Excepcionalment, encara que hi hagi fills menors...

[19] Art. 233-20.3: 3. No obstant el que estableix l'apartat 2, l'autoritat judicial ha d'atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge més necessitat en els casos següents:
a) Si la guarda dels fills queda compartida o distribuïda entre els progenitors.
b) Si els cònjuges no tenen fills o aquests són majors d'edat.
c) Si malgrat correspondre-li l'ús de l'habitatge per raó de la guarda dels fills és previsible que la necessitat del cònjuge es perllongui després d'arribar els fills a la majoria d'edat.

[20] Art. 233-20.4: Excepcionalment, encara que hi hagi fills menors, l'autoritat judicial pot atribuir l'ús de l'habitatge familiar al cònjuge que no en té la guarda si és el més necessitat i el cònjuge a qui correspon la guarda té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills.

[21] Art. 233-20.6: L'autoritat judicial pot substituir l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar per la d'altres residències si són idònies per a satisfer la necessitat d'habitatge del cònjuge i els fills.

[22] Se entiende, o privativa del cónyuge no beneficiario, o bien se encontrase en una situación económica que no le permitiese satisfacer sus necesidades habitacionales

[23] Art. 233-21.1: Exclusió i límits de l'atribució de l'ús de l'habitatge
1. L'autoritat judicial, a instància d'un dels cònjuges, pot excloure l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en qualsevol dels casos següents: a) Si el cònjuge que seria beneficiari de l'ús per raó de la guarda dels fills té mitjans suficients per a cobrir la seva necessitat d'habitatge i la dels fills. b) Si el cònjuge que hauria de cedir l'ús pot assumir i garantir suficientment el pagament de les pensions d'aliments dels fills i, si escau, de la prestació compensatòria de l'altre cònjuge en una quantia que cobreixi a bastament les necessitats d'habitatge d'aquests.

[24]. A efectos del presente estudio, LARF

[25] De la Persona

[26] Representación legal que se extingue por lo general cuando el menor alcanza los 14 años (art. 2 Ley 13/2006)

[27] Art. 3.2 b) Ley 2/2010, relativo al pacto de relaciones familiares.

[28] 2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los

siguientes extremos relacionados con la vida familiar: (...) d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.

[29] 2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar: (...) f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

[30] Cfr., art. 2 Derechos y principios. 2. Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptarán en atención al beneficio e interés de los mismos.

[31] Denominada en el proyecto presentado a las Cortes valencianas, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, siendo una tónica general a lo largo de la Ley la utilización de los géneros masculino y femenino allí donde se presta. Muchas veces la corrección sociológica o política casa mal no tanto con los aspectos estilísticos, como con la propia finalidad de las normas jurídicas: la rápida comprensión de lo regulado. El empleo constante de los géneros femenino y masculino entorpece sobremanera la lectura (hijos e hijas, padres y madres) cuando no perjudica la técnica legislativa, eludiéndolos con términos supuestamente genéricos (así, progenitores, como equivalente de padre / madre tanto biológico como adoptivo, dislocándose de las acepciones dadas por la Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida, o art. 35 e) de la Ley 14/2007, de 3 julio, de Investigación biomédica, o el propio Código civil, cuando distingue entre progenitores y adoptantes, en su art. 15 e) en materia de opción a la vecindad civil del menor, o art. 111 CC, excluyendo de la patria potestad al progenitor que hubiese sido condenado por sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación, o si aquella –la filiación- hubiese sido determinada judicialmente contra su voluntad; o art. 125 CC, exigiendo que para poder determinar la filiación respecto a un progenitor hermano o consanguíneo en línea recta del otro, medie autorización judicial con audiencia tanto de Ministerio Fiscal como del menor o incapaz; o finalmente, art. 178 CC respecto a los vínculos del adoptado con relación a la familia del progenitor –familia anterior-... etc). En cualquier caso, y a efectos del presente estudio, en adelante: LVRF.

[32] Acaso más correctamente, vivienda familiar y ajuar.

[33] Art. 6.2 if LVRF: “(...) El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos menores a uno solo de los progenitores’ Se ha significado la variación terminológica del término custodia y su sustitución por el de convivencia con base en la nueva perspectiva de las relaciones de filiación, tradicionalmente de carácter “vertical” y “unidireccional”: no es cuestión de guardar o custodiar a los menores in potestate, más bien de convivir, poniendo de manifiesto, como se apunta en la Exposición de Motivos de la Ley, “la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos menores, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar, y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor”. Y ello a fin de conjugar, sigue apuntando, los dos principios que concurren en los supuestos de crisis: el de los hijos a mantener una “relación equilibrada y continuada” con sus padres, y en segundo lugar, “el derecho-deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los hijos menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación”. Esto es, ni custodia ni potestad, que quedan sustituidos por los términos convivencia, y derecho-deber, respectivamente no obstante en este último caso a las

indicaciones técnicas de la teoría de la relación jurídica, y las posiciones de poder y de deber.

[34] Art. 3 LVPI

[35] Art. 5 LVPI

[36] Aunque guarda silencio la norma, teniendo en cuenta el principio de beneficio del menor (o en su caso, no perjuicio) tal cumplimiento de las necesidades habitacionales deberá ser en condiciones similares a la hasta entonces, vienda familiar.

[37] Artículo 7 (Gastos de atención a los hijos) En defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos menores. § 2. Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos menores. § 3. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. § 4. En función del régimen de convivencia con los hijos menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos menores.

[38] Art. 3 (Definiciones) A los efectos de lo previsto en esta ley, los siguientes conceptos quedan definidos como se indica: (...) e) Deben considerarse gastos ordinarios aquellos que los hijos menores precisen de forma habitual a lo largo de una anualidad y cuyo devengo sea previsible en dicho período. Se entenderán siempre incluidos los relativos a alimentación, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia. f) Deben considerarse gastos extraordinarios los que puedan surgir en relación con los hijos menores de forma excepcional.

[39] Arts. 1.362. 1 CC y art. 9.1 Ley Valenciana 10/2007, de 20 marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, cuyo tenor literal: Tienen la consideración de cargas del matrimonio los necesarios para el mantenimiento de la familia, con la adecuación a los usos y el nivel de la vida familiar, y en especial: 1) Los gastos necesarios para cumplir el deber alimenticio entre los cónyuges y de éstos para con sus hijos comunes o los de cualquiera de ellos que convivan con el matrimonio, los hijos discapacitados, así como para con los ascendientes que, conviviendo o no con la familia, estén bajo su dependencia económica y/o asistencial, o cuyos propios recursos sean insuficientes a tal fin. (...)

[40] Cfr., Rivero Hernández, F.; 'Com. art. 93 CC', en Matrimonio y divorcio (Coord. Lacruz Berdejo), Ed. Civitas, Madrid, 1982. Pp. 670 y ss.

[41] Vid. Salazar Bort, S., La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido, Ed. TB, Valencia, 2000. Pp. 26 ~ 41

[42] Si en fase de normalidad convivencial basta con el acuerdo de los padres para fijar la residencia familiar, no hay razón para negárselo en fase de crisis o ruptura.

[43] Art 4.4 LVRF: El pacto de convivencia familiar, sus modificaciones y extinción, producirán efectos una vez aprobados por la autoridad judicial, oído el Ministerio Fiscal.

[44] Y la norma añade ‘aunque hubiese sido residencia familiar habitual’... ¿Acaso podría atribuirse el uso de otra vivienda privativa de un cónyuge, o bien común, si el cónyuge custodio no dispusiese de un espacio habitacional? Difícilmente, si el bien es privativo del otro, y además, nunca ha sido habitado por la familia. Las segundas residencias, o residencias de recreo no están sujetas a este régimen jurídico (art. 6 § 4º LVRF)